

Sygn. akt: KIO 1556/19

POSTANOWIENIE
z dnia 22 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu **22 sierpnia 2019 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **9 sierpnia 2019 r.** przez wykonawcę **P. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą XEROTECH P. S., ul. Zwoleńska 46N, 04-761 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Stołeczne Warszawa, w imieniu którego postępowanie prowadzi Miejskie Centrum Sieci i Danych Urzędu m.st. Warszawy we współpracy z Biurem Zamówień Publicznych Urzędu m.st. Warszawy, Pl. Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa**

przy udziale wykonawców **K. J., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą COPY CONTROL SERVICE K. J. - wspólnik spółki cywilnej** oraz **T. B., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą T. B. - wspólnik spółki cywilnej COPY CONTROL SERVICE, prowadzący wspólnie działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą COPY CONTROL SERVICE spółka cywilna T. B. K. J., ul. Tamka 49, 00-355 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. **nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz P. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą XEROTECH P. S., ul. Zwoleńska 46N, 04-761 Warszawa kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16 października 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *Serwis urządzeń wielofunkcyjnych w Urzędzie m.st. Warszawy*, numer referencyjny: ZP/EM/271/III-94/19, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2019/S 111-272439 z dnia 12.06.2019 r., przez Miasto Stołeczne Warszawa, w imieniu którego postępowanie prowadzi Miejskie Centrum Sieci i Danych Urzędu m.st. Warszawy we współpracy z Biurem Zamówień Publicznych Urzędu m.st. Warszawy, Pl. Bankowy 3/5, 00-950 Warszawa zwane dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 31.07.2019 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej - K. J., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą COPY CONTROL SERVICE K. J. - wspólnik spółki cywilnej oraz T. B., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą T. B. - wspólnik spółki cywilnej COPY CONTROL SERVICE, prowadzący wspólnie działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą COPY CONTROL SERVICE spółka cywilna T. B. K. J., ul. Tamka 49, 00-355 Warszawa zwana dalej: „COPY CONTROL SERVICE spółka cywilna T. B. K. J.” albo „CCS” albo „Przystępującym”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła oferta - P. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą XEROTECH P. S., ul. Zwoleńska 46N, 04-761 Warszawa zwane dalej: „XEROTECH P. S.” albo „Odwołującym”.

W dniu 09.08.2019 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) XEROTECH P. S. wniosła odwołanie na w/w czynność z 31.07.2019 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 09.08.2019 r. (e-mailem). I. Wnosił odwołanie wobec czynności oraz zaniechań Zamawiającego, tj.:

1. czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy CCS,
2. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy CCS,
3. zaniechanie wykluczenia wykonawcy CCS,
4. zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

II. Zamawiającemu zarzucił naruszenie:

1. art. 90 ust. 1-2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16 października 2018 r. poz. 1986 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp” i art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez

prorowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a mianowicie poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie kluczowych elementów ceny oferty, pomimo, że istnieją uzasadnione wątpliwości, że zaoferowana przez CCS cena oferty oraz jej istotne części składowe są rażąco niskie i budzą poważne wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za wskazaną w ofercie cenę, [Zarzut #1]

2. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp i art. 7 ust 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy CCS, pomimo wystąpienia przesłanek obligujących Zamawiającego do odrzucenia oferty [Zarzut #2]

3. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp i art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 3 ust 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 i art. 15 ust 2 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. z 2018 r., poz. 419 ze zm., dalej „UZNK”) poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy CCS pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co oznacza działanie sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami naruszające interesy innych wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, [Zarzut #3]

4. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy CCS, podczas gdy ten wykonawca przedstawił w treści oferty informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu, tj. wyboru najkorzystniejszej oferty [Zarzut #4]

5. art. 24 ust. 1 pkt 12, pkt 16 i pkt 17 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy CCS, podczas gdy wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w ust. 12.2 S1WZ, a jednocześnie przedstawił dokument (referencje) wprowadzający Zamawiającego w błąd [Zarzut #5]

III. Wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty CCS,
2. dokonanie ponownego badania i oceny oferty CCS,
3. wykluczenie z postępowania wykonawcy CCS na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, pkt 16, pkt 17 Pzp
4. odrzucenie oferty CCS na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i pkt 4 Pzp,
5. ewentualnie, z daleko posuniętej ostrożności wezwanie do wyjaśnień wykonawcy CCS w zakresie rażąco niskiej ceny oferty wraz z żądaniem wykazania realności cen jednostkowych oferty,
6. wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

IV. Wnosił także o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z rachunkiem, który zostanie przedłożony na rozprawie.

I. RAŻĄCO NISKA CENA OFERTY/ RAŻĄCO NISKA CENA CZĘŚCI SKŁADOWYCH OFERTY [ZARZUT#1, ZARZUT #2]

1. Przedmiotem niniejszego zamówienia jest świadczenie usług konserwacji, przeglądów okresowych i napraw kserokopiarek biurowych wraz z dostawą części zamiennych i materiałów eksploatacyjnych do kserokopiarek biurowych użytkowanych u Zamawiającego.

2. Odwołujący zaoferował realizację niniejszego zamówienia za cenę 1 600 139,18 zł brutto. Zamawiający wskazał w treści „*Informacji z otwarcia ofert*”, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 1.998.750,00 zł brutto. Natomiast, zgodnie z protokołem postępowania szacunkowa wartość zamówienia została przez Zamawiającego ustalona na kwotę 1.950.000,00 zł. W związku z powyższym całkowita cena oferty wykonawcy CCS jest o około 18 % niższa niż wartość zamówienia wskazana przez Zamawiającego.

3. Nie zmienia to jednak faktu, że nawet w przypadku, gdy nie zostały spełnione wszystkie przesłanki określone w art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, Zamawiający powinien był wezwać Odwołującego do wyjaśnienia wysokości ceny oferty w kontekście rażąco niskiej ceny, bowiem istniała poważna wątpliwość co do tego czy cena, w tym ceny jednostkowe jej części składowych nie są rażąco niskie.

4. Odwołujący wskazał, że wykonawca CSS w treści oferty, tj. Formularzu Cenowym - „*Części eksploatacyjne i zamienne*” KOPIARKI CYFROWE stanowiącym Załącznik nr 2E do S1WZ, przedstawił w pozycji nr 144 oraz w pozycji nr 161 zupełnie inną cenę za tę samą część urządzenia, tj. Płyta główna o tym samym numerze katalogowym A61FH02005. W pozycji nr 144 Płyta główna została wyceniona na kwotę 890,00 zł natomiast w pozycji nr 161 kwota ta wynosi aż 2050,00 zł. Podobnie w pozycji nr 145 oraz w pozycji nr 160 wykonawca CCS wskazał, że oferuje część urządzenia, tj. Panel o numerze katalogowym A61FM70203. Przy czym w pozycji nr 145 Panel ten został wyceniony na kwotę 420,00 zł, a w pozycji nr 160 cena tego samego Panelu wynosi już 850,00 zł. Następnie w pozycji nr 32 i nr 46 wykonawca CCS zaoferował Panel o numerze katalogowym A0P0M70703, przy czym w pozycji nr 32 za cenę 250,00 zł, a w pozycji nr 46 za cenę 600,00 zł. W pozycji nr 78 i nr 97 wykonawca CCS zaoferował Panel o numerze katalogowym A7PUM70200, przy czym w pozycji nr 78 za cenę 1480,00 zł, a w pozycji nr 97 za cenę 850,00 zł.

5. Z powyższego wynika, że w wielu pozycjach zawartych w ofercie wykonawcy CCS istnieje bardzo duża rozbieżność pomiędzy cenami jednostkowymi dotyczącymi tej samej (nowej i oryginalnej) części zamiennej urządzenia tego samego producenta (Konica Minolta).

6. Dodatkowo należy zaznaczyć, że ceny jednostkowe wskazane przez wykonawcę CCS są rażąco niskie. Odwołujący wystąpił z zapytaniem do trzech firm, tj. Konica Minolta Business Solutions Polska Sp. z o.o.,

HICOPY Dystrybucja Sp. z o.o. oraz DKS Sp. z o.o. o wycenę niektórych części zamiennych oferowanych przez wykonawcę CCS. Na podstawie odpowiedzi uzyskanych od wyżej wskazanych firm, Odwołujący przedstawia w tabeli poniżej porównania cen jednostkowych kilku części zamiennych oferowanych przez wykonawcę CCS. Wszystkie przedstawione ceny są jedynie cenami zakupu nowych i oryginalnych części zamiennych.

	Nazwa części	Konica Minolta	HICOPY	DKS	ccs
1.	Płyta główna A61FH02005	1750,00 zł (netto)	2686,00 zł (netto)	2737,20 zł (netto)	890,00 zł / 2050,00 zł
2.	Panel A61FM70203	1200,00 zł (netto)	1811,00 zł (netto)	1845,60 zł (netto)	420,00 / 850,00
3.	Panel A7PUM70200	1170,00 zł (netto)	1807,00 zł (netto)	1840,80 zł (netto)	850,00 zł / 1480,00 zł
4.	Drum Unit for YMC AOWOTD	830,00 zł (netto)	709,99 zł (netto)	639,00 zł (netto)	420 zł
5.	Drum unit for Y,M,C * 1 A2XNOTD	830,00 zł (netto)	654,96 (netto)	587,00 zł (netto)	420 zł

7. Z powyższego zestawienia ewidentnie wynika, że ceny jednostkowe części zamiennych zaoferowane przez wykonawcę CCS we wskazanych przykładowo pozycjach w formularzu ofertowym są cenami znacznie zaniżonymi, nierealnymi. Należy zaznaczyć, że zgodnie z treścią pkt 22.2 i pkt 22.7 SIWZ ceny jednostkowe brutto powinny uwzględniać nie tylko koszt zakupu konkretnej części zamiennej, ale także koszt jej wymiany (praca technika, dojazd) oraz marżę (zysk) wykonawcy. Dodatkowo należy zaznaczyć, że wymiana części zamiennej w postaci np. płyty głównej urządzenia zajmuje często kilka godzin (czas pracy technika serwisu) ze względu na złożoność tej operacji. Natomiast wyżej przedstawione ceny jednostkowe wykonawcy CCS wskazują, że wykonawca ten nie uwzględnił nawet kosztu zakupu danej części zamiennej, a tym bardziej kosztu jej wymiany. W konsekwencji oznacza to, że nie jest możliwa realizacja zamówienia za zaoferowaną ceną, a tym bardziej osiągnięcie zysku na danych pozycjach przez wykonawcę CCS.

8. Zaoferowane przez Odwołującego ceny jednostkowe części zamiennych wskazanych w treści oferty, powinny zatem wzbudzić uzasadnione wątpliwości Zamawiającego nie tylko ze względu na różnice w cenie poszczególnych części zamiennych (ceny jednostkowe), ale także w zakresie realności tych cen jednostkowych, pomimo, że cena całkowita oferty nie jest niższa niż limity wskazane w Pzp.

9. Z wiedzy i doświadczenia Odwołującego wynika, że znacznie zaniżona została także cena brutto za roboczogodzinę przeglądu kserokopiarek biurowych A3, która została zaoferowana przez wykonawcę CCS w wysokości jedynie 25 zł brutto, zgodnie z Formularzem cenowym - Załącznikiem nr 2A. Należy bowiem wskazać, że kalkulacja ceny za roboczogodzinę przeglądu (konserwacji) powinna uwzględniać w szczególności roboczogodzinę pracy technika serwisu, dojazd do zamawiającego, koszt pracownika po stronie pracodawcy, koszt materiałów niezbędnych do konserwacji urządzeń (smary, pędzle itp.) oraz marżę (zysk) wykonawcy.

10. Należy wskazać, że nawet w przypadku gdyby pracownik serwisu wykonawcy CCS otrzymywał minimalne wynagrodzenie za pracę (zgodnie z przepisami) to cena za roboczogodzinę i tak jest rażąco niska. Poza tym z ogólnodostępnych informacji oraz wiedzy i doświadczenia Odwołującego wynika, że wykwalifikowany technik serwisu w Warszawie otrzymuje wynagrodzenie znacznie powyżej średniej krajowej.

11. Zamawiający, mając na uwadze między innymi art. 89 ust. 1 pkt 3 i pkt 4 Pzp oraz art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp, zobowiązany był zatem zweryfikować, czy złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, tj. wezwać wykonawcę CCS do przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny oferty, oraz wykazania realności cen jednostkowych wraz z przedstawieniem dowodów na potwierdzenie, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamiast tego Zamawiający bezzasadnie zaniechał badania oferty wykonawcy CCS, tj. nie przeprowadził postępowania wyjaśniającego, co stanowi naruszenie przepisów Pzp. Zwłaszcza, że Odwołujący już w piśmie z 23.07.2019 r. poinformował Zamawiającego o nieścisłościach i błędach w treści oferty wykonawcy CCS, w tym w szczególności w zakresie całkowitej ceny oferty i jej części składowych.

12. Na potwierdzenie przytoczył wyrok KIO z 21.12.2018 r., sygn. akt: KIO 2516/18

13. Dodatkowo wyrok z 05.01.2018 r., sygn. akt: KIO 2643/17. Podobnie w wyroku z 02.11.2017 r., sygn. akt: KIO 2007/17, KIO 2014/17.

14. Co więcej, z ugruntowanego już w tym zakresie orzecnictwa Krajowej Izby Odwoławczej jednoznacznie wynika, że badanie oferty pod kątem istnienia rażąco niskiej ceny, w kontekście zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, należy dokonywać nie tylko w odniesieniu do całkowitej ceny oferty, ale także pod kątem realności cen jednostkowych. Oznacza to, że jeżeli cena jednostkowa jest niższa niż rzeczywisty koszt; dotyczący wycenionej pozycji, to należy uznać, że oferta podlega odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

15. Odwołujący przytacza poniżej przykładowe orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej potwierdzające powyższą tezę:

- wyrok KIO z 07.12.2017 r., sygn. akt: KIO 2473/17;
- wyrok KIO z 24.09.2014 r., sygn. akt: KIO 1844/14.

16. Niezależnie zatem od tego, w jaki sposób nazwany jest przedmiot zamówienia, nie ulega wątpliwości, że istotnym elementem niniejszego postępowania jest dostarczenie Zamawiającemu konkretnych materiałów eksploatacyjnych i części zamiennych. Wykonawca zaś jest obowiązany do wskazania ich realnych, konkretnych cen jednostkowych. Tak więc zarówno z uwagi na treść formularza ofertowego, jak i ze względu na konieczność ujęcia w ramach kalkulacji ceny oferty wszystkich kosztów, niezbędne było uwzględnienie przez wszystkich wykonawców cen jednostkowych wszystkich oferowanych części zamiennych, przy wykorzystaniu których świadczone będą usługi serwisowe. Natomiast w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nawet nie wezwał wykonawcy do złożenia wyjaśnień, wykazania prawidłowości wyceny oferty, w powyższym zakresie mimo, że choćby w skutek otrzymanego od Odwołującego pisma z 23.07.2019 r. winien powziąć wątpliwości co do realności ceny wykonawcy CCS, co niewątpliwie stanowi naruszenie przepisów Pzp.

II. CZYN NIEUCZCIWEJ KONKURENCI [ZARZUT #3]

1. Mając powyższe na uwadze, konstrukcja oferty wykonawcy CCS w zakresie zaoferowania rażąco niskiej ceny, w tym nierealnych cen jednostkowych stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. W ocenie Odwołującego wykonawca ten celowo zaniżył wartości cen jednostkowych, nie uwzględniając rzeczywistych kosztów oraz marży (zysku).

2. Jak już zaznaczono, wartości wskazane jako ceny jednostkowe są wartościami istotnie zaniżonymi, nie mogącymi pokryć nawet kosztów zakupu danych części zamiennych. Wykonawca CCS mając świadomość, że jednym z kryteriów oceny ofert jest cena całkowita oferty o wadze 60 %, celowo zaniżył ceny jednostkowe niektórych z oferowanych części zamiennych. Zaniżenie cen jednostkowych oznacza także, że wykonawca CCS nie uwzględnił wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia odnoszących się do poszczególnych pozycji formularza ofertowego.

3. Proceder zaniżania cen jednostkowych i manipulowania przez wykonawcę zaoferowanymi cenami jednostkowymi między pozycjami w formularzu ofertowym stanowi działanie zmierzające do wyrządzenia deliktu w postaci opisanej w art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK, art. 15 ust. 2 pkt 1 UZNK, a także deliktu z klauzuli generalnej zawartej w art. 3 ust. 1 UZNK. Wskazał na wyrok KIO z 03.03.2018 r., sygn. akt: KIO 309/15.

4. Niewątpliwie manipulacja ceną jednostkową na potrzeby uzyskania niższej ceny prowadzi do naruszenia interesów Odwołującego składającego ofertę na warunkach rynkowych i adekwatnych do charakteru przedmiotu zamówienia, jak również interesu Zamawiającego. Sztuczne zniżenie wartości cen jednostkowych ma ten skutek, że wykonawcy w zupełnie inny sposób kalkulują ryzyko oraz koszt pieniądza. Wykonawcy, którzy postąpili zgodnie z dyspozycją Zamawiającego i wskazali rzeczywiste ceny poszczególnych elementów oferty, są w niewątpliwie gorszej sytuacji. W ocenie Odwołującego powyższe potwierdza, iż złożenie

ofert z celowo zaniżonymi cenami jednostkowymi stanowi czyn nieuczciwej konkurencji naruszający dobre obyczaje kupieckie.

5. Na potwierdzenie wskazał przykładowo na wyrok KIO z 03.12.2015 r., sygn. akt: KIO 2553/15.

III. WPROWADZENIE ZAMAWIAJĄCEGO W BŁĄD CO TO OFEROWANYCH CZĘŚCI ZAMIENNYCH [ZARZUT #4]

1. Należy także wskazać, że Zamawiający powinien także dokonać wykluczenia wykonawcy CCS z postępowania. Zgodnie z treścią SIWZ, tj. treścią formularzy ofertowych, Zamawiający wymagał wykazania czy wykonawca dostarczy oryginalne materiałów eksploatacyjnych czy ich zamienniki. Wykonawca CCS w Załączniku nr 2E do SIWZ w pozycji nr 202 zaoferował część zamienną „*Drum and Blade Kit*” o numerze katalogowym Ir1023- Drumkit wskazując, że oferowana część jest oryginałem. Z wiedzy i doświadczenia Odwołującego wynika jednak, że te konkretne części są jedynie zamiennikami.

2. W związku z powyższym wykonawca CCS przez swoją lekkomyślność lub niedbalstwo faktycznie oferując zamienniki części do urządzenia Canon 1022/1024, ale opisując je w treści oferty jako części oryginalne przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, a przy tym mające istotny wpływ na decyzje Zamawiającego. Zgodnie bowiem z treścią pkt 24 SIWZ jednym z kryteriów oceny ofert jest zaoferowanie „*oryginalnych części zamiennych i eksploatacyjnych*” o wadze aż 40 %. Wykonawca CCS w wyniku wprowadzenia Zamawiającego w błąd, tj. oferując faktycznie zamienniki zamiast części oryginalnych, bezzasadnie otrzymał maksymalną liczbę punktów, a tym samym przewagę w całej punktacji w postępowaniu. Należy zaznaczyć, że nie ma przy tym znaczenia czy po stronie Zamawiającego mylne przeświadczenie w rzeczywistości powstało.

3. Wskazał na wyrok KIO z 02.11.2017 r., sygn. akt: KIO 2007/17, KIO 2014/17.

IV. BRAK WYKAZANIA SPEŁNIENIA WARUNKU UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU/ WPROWADZENIE ZAMAWIAJĄCEGO W BŁĄD [ZARZUT #5]

1. Zamawiający w pkt. 12.2 Warunki udziału w postępowaniu Część III SIWZ wskazał, iż „*za spełniających warunku udziału w postępowaniu Zamawiający uzna Wykonawców, którzy wykażą, że w okresie ostatnich trzech lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, należycie realizowali lub realizują co najmniej 2 (dwie) usługi o łącznej wartości nie mniejszej niż 600.000,00 zł brutto, polegające na obsłudze serwisowej kopiarek, w tym:*

a) co najmniej jedna z usług obejmowała serwis kopiarek biurowych korytarzowych A3;

b) co najmniej jedna z usług obejmowała serwis urządzeń biurowych współpracujących z systemem druku centralnego Q-vision”.

2. Na potwierdzenie spełnienia niniejszego warunku postawionego w lit. b) powyżej wykonawca CCS wskazał w JEDZ usługę opieki technicznej urządzeń drukujących marki

Develop, Canon, Konica Minolta, wraz z modelami Konica Minolta Bizhub C253 oraz Bizhub C280 objętych systemem Q-Vision, wskazując jako odbiorcę wykonawcę MFP Service s.c., ul. Wólczyńska 133, 01-919 Warszawa. Wykonawca CCS wskazał w JEDZ jako datę początkową realizacji zamówienia 29.08.2014 r., zaś jako datę końcową 31.08.2016 r.

3. Na potwierdzenie należytego wykonania ww. usługi wskazanej w JEDZ wykonawca CCS przedstawił referencję z 10.01.2017 r. Z treści przedstawionej przez wykonawcę CCS referencji, jak i z przedstawionej przez tego wykonawcę referencji z 12.07.2019 r. (w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp) wynika, że wykonawca CCS od dnia 29.08.2014 r. realizuje na rzecz MFP Service s.c.

zlecenie podwykonawstwa opieki technicznej urządzeń drukujących Develop, Canon, Konica Minolta bizhub C253 oraz Bizhub C280 objętych systemem Q-vision. Co więcej w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień wystosowane przez Zamawiającego dnia 23.07.2019 r. wykonawca CCS oświadczył, że w JEDZ-u wpisał jako datę końcową na dzień 31.08.2016 r. jedynie dlatego, że formularz wypełniania JEDZ nie przewiduje wskazania, iż dane zamówienie jest nadal wykonywane. Tym samym wykonawca CCS potwierdził że wskazane w obu referencjach informacje przedstawione Zamawiającemu są prawdziwe.

4. Z informacji uzyskanych przez Odwołującego wynika, że wbrew informacjom wskazanym przez Odwołującego w JEDZ i referencjach złożonych na potwierdzenia usługi wykonywanej dla MFP Service s.c.:

1) wykonawca CCS był podwykonawcą MFP Service s.c., czyli podmiotu, który wystawił referencje przedstawione Zamawiającemu, zaś zamówienie było realizowane na rzecz podmiotu Sita Polska, obecnie SUEZ Polska przy ul. Zawodzie 5 w Warszawie. Nadto, z informacji uzyskanych od wystawcy referencji wynika, że firma MFP Service s.c. obsługiwała Sita Polska/SUEZ Polska do roku 2016 r. Powyższe wskazuje zatem, że wbrew oświadczeniu wykonawcy CCS złożonym w wyjaśnieniach z dnia 25 lipca 2019 r. usługa serwisu urządzeń wielofunkcyjnych realizowana na rzecz MFP Service s.c., a docelowo na rzecz Sita Polska/SUEZ Polska nie jest nadal wykonywana. W ocenie Odwołującego, powyższe wskazuje na to, że wykonawca CCS wprowadził Zamawiającego w błąd podając w JEDZ informacje dot. świadczenia usługi serwisu dla podmiotu MFP s.c. Co więcej, biorąc pod uwagę, że zgodnie z treścią warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 12.2 SIWZ wykonawca winien wykazać, że usługi były należycie wykonywane okresie ostatnich trzech lat treść informacji uzyskanych od MFP Service s.c. wskazuje na niespełnienie tej części warunku udziału w postępowaniu. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący przedstawi stosowne dowody na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą;

2) wykonawca CCS w ramach usługi serwisu świadczonej dla podmiotu MFP Service s.c. nie serwisował urządzeń biurowych, które współpracowały z systemem druku centralnego Q.-vision. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący przedstawi stosowne dowody na

rozprawie. Przy czym Odwołujący pragnie wskazać, że nie jest możliwym interpretacja warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt 12.2 lit b) SIWZ w taki sposób, że serwisowane urządzenia dają potencjalną możliwość współpracy z posiadanym przez Zamawiającego systemem druku centralnego Q.-vision. Taka absurdalna interpretacja w żaden sposób nie weryfikowałaby zdolności wykonawcy do wykonania przedmiotu niniejszego zamówienia.

5. Reasumując, z informacji uzyskanych przez Odwołującego wynika, że wykonawca CCS nie spełnił warunku udziału w postępowaniu w zakresie dot. wykonania usługi w okresie trzech lat przed dniem składania ofert oraz w zakresie w skazanym w pkt. 12.2 lit. b) dot. współpracy z systemem druku centralnego Q.-vision. Zatem, Zamawiający winien wykluczyć wykonawcę CCS na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp (również pkt 12.1. SIWZ) z uwagi na to, że nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

6. Co więcej, ze złożonych przez wykonawcę wynika, iż w pełni świadomie, niezgodnie ze stanem rzeczywistym wykonawca CCS wskazał datę wykonania usługi, tj. oświadczył, że dalej wykonuje usługę serwisu urządzeń dla MFP Service s.c. Powyższe potwierdza, iż wykonawca CCS wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu. Zamawiający powinien zatem wykluczyć wykonawcę CCS z postępowania na podstawie art. 24 pkt 16 Pzp lub ewentualnie na podstawie art. 24 pkt 17 Pzp. W przypadku nawet uznania, że nie wystąpiło po stronie, wykonawcy CCS zamierzone działanie oraz faktyczne wywołanie u Zamawiającego mylnego wyobrażenia o faktach dotyczących kwestii podlegania wykluczeniu wykonawcy lub spełnienia warunków udziału, to nie zmienia to faktu, że wykonawca CCS przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd.

7. Dalej przytoczył ponownie wyrok KIO z dnia 2 listopada 2017 r., sygn. akt: KIO 2007/17, KIO 2014/17.

V. OBOWIĄZEK POPRAWY OMYŁEK RACHUNKOWYCH

1. Odwołujący z ostrożności wskazuje również, że Zamawiający prowadzi niniejsze postępowanie bardzo chaotycznie i bez należytej staranności, nie dopełniając przy tym wielu formalności, do których jest obowiązany zgodnie z przepisami Pzp. Zamawiający bowiem zgodnie z treścią art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp powinien samodzielnie dokonać poprawy wszelkich zaistniałych omyłek rachunkowych w ofercie wykonawcy oraz niezwłocznie zawiadomić o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Korekta omyłek jest jednym z elementów dbałości o wybór oferty najkorzystniejszej pod kątem przyjętych kryteriów oceny ofert.

2. Odwołujący zawnioskował o udostępnienie dokumentacji postępowania, w tym całej korespondencji prowadzonej z wykonawcą CCS. W przesłanych dokumentach nie znalazła się jednak informacja o poprawie omyłek rachunkowych w ofercie wykonawcy CCS oraz

zawiadomienia tego wykonawcy o dokonanych poprawkach w treści jego oferty. Z treści protokołu postępowania wynika, że Zamawiający nie występował w stosunku do wykonawcy CCS o wyjaśnienie treści oferty ani nie dokonywał poprawienia omyłek w żadnej ze złożonych ofert.

3. Odwołujący natomiast odnalazł błędy w ponad 95 pozycjach, tj. wynikach operacji matematycznych polegających na pomnożeniu liczby części zamiennych z ich ceną jednostkową. Przykładowo w Załączniku nr 2E do SIWZ nieprawidłowo została obliczona cena w pozycjach nr 11,14,18, 20, 23, 24, 25, 26, 27, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 39, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 73, 74, 79, 80, 81, 82, 83, 86, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 99, 100,102, 103, 104,105,106,107,108,109,111,112, 113, 115,119,120,122,125,127,128,131,132,133,135,137,139,140,142,143,145,193,195,196,197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 207, 208.

4. Wskazuje to nie tylko na brak dbałości o zgodne z przepisami Pzp prowadzenie Postępowania ze strony Zamawiającego, ale również potwierdza fakt nienależytego przygotowania treści oferty przez wykonawcę CCS, a w szczególności kalkulacji ceny oferty.

Całokształt argumentacji przedstawionej w odwołaniu jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający przeprowadził postępowanie z naruszeniem przepisów Pzp. Zamawiający nie dochował należytej staranności dokonując badania i oceny oferty wykonawcy CCS, zwłaszcza, że choćby w wyniku otrzymania pisma od Odwołującego z 23.07.2019 r. wskazującego wprost na wadliwość oferty wykonawcy CCS powinien powziąć wątpliwości co do prawidłowości oferty złożonej przez tego wykonawcę. W związku z powyższym złożenie odwołania jest w pełni uzasadnione.

Zamawiający w dniu 12.08.2019 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 13.08.2019 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) COPY CONTROL SERVICE spółka cywilna T. B. K. J. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 21.08.2019 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił odwołanie w całości. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu.

Jednocześnie poinformował, iż dokona unieważnienia czynności wyboru oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej, ponowi czynność badania i oceny oferty

Przystępującego oraz zwróci się do Przystępującego o wyjaśnienie kwestii podniesionych przez Odwołującego w odwołaniu, tj.:

- rażąco niskiej ceny,
- dokonanej przez Przystępującego wyceny poszczególnych cen jednostkowych oferty w tym jej realności,
- wykazanego przez Przystępującego na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu doświadczenia zawodowego.

Ponadto Zamawiający poprawi oczywiste omyłki rachunkowe.

W dniu 22.08.2019 r. w związku z postanowieniem Izby z 13.08.2019 r. odbyło się posiedzenie niejawnie z udziałem stron.

Na posiedzeniu Zamawiający, w odpowiedzi na wątpliwości Odwołującego, co do charakteru czynności uwzględnienia oświadczył, iż uwzględnił odwołanie w całości. Mimo powyższego oświadczenia Zamawiającego, Odwołujący wyraził wątpliwości, czy Zamawiający uwzględnił wszystkie żądania zawarte w odwołaniu.

Zamawiający wyjaśnił dodatkowo, że w zakresie żądań Odwołującego z pkt 3 i 4 odwołania takie działanie, jakie wynika z oczekiwań Odwołującego tam zawartych, byłoby przedwczesne, gdyż najpierw jest konieczność przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w zakresie rażąco niskiej ceny, aby ewentualnie odrzucić odwołanie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Zamawiający oświadczył również na posiedzeniu, że zamierza również wezwać o wyjaśnienie w zakresie kwestii związanych ze sporną referencją oraz pozycją 202, gdzie Przystępujący wskazał, iż oferuje oryginał, a nie zamiennik.

Odwołujący podkreślił z kolei, iż jeśli nawet w zakresie ceny rażąco niskiej takie wezwanie jest uzasadnione i wynika także z treści odwołania, to odnośnie referencji i potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu Odwołujący wniósł nie wyjaśnienie, ale o de facto wykluczenie z udziału w postępowaniu.

Zamawiający podtrzymał swoje wcześniejsze oświadczenie podkreślając, że chciałby móc skorzystać z instytucji wynikającej z art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp.

Podobne wątpliwości wyraził Przystępujący po stronie Zamawiającego oświadczył nawet, iż uzależnia ewentualne zgłoszenie sprzeciwu od uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego od charakteru i zakresu uwzględnienia. Stwierdził, że w szczególności chciałby na tym etapie wiedzieć, czy Zamawiający zamierza jedynie wzywać do wyjaśnień, czy też od razu wykluczać jego firmę z udziału w postępowaniu z uwagi na art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 Pzp.

Wobec pytania Przystępującego i w kontekście wątpliwości Odwołującego, Zamawiający oświadcza ponownie, że zamierza wzywać do wyjaśnień, tak jak przedstawił we wcześniejszych swoich oświadczeniach. Dopiero po zapoznaniu się z odpowiedzią Przystępującego podejmie decyzję czy będzie, czy też nie będzie, wykluczał Przystępującego, czy też odrzucił jego ofertę.

Zamawiający po przerwie w posiedzeniu ponownie oświadczył, że jego stanowisko nie uległo zmianie i dalej uwzględnia odwołanie w całości, tak jak oświadczył, zgodnie z jego wcześniejszymi oświadczeniami złożonymi na posiedzeniu. Przystępujący po stronie Zamawiającego po przerwie oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu. Odwołujący wnosil o zaprotokołowanie, iż oczekiwalby w zawartym postanowieniu informacji, iż czynność będąca podstawą wniesionego odwołania została unieważniona przez Zamawiającego i nie ma już substratu zaskarżenia.

Izba uznała, że istniała podstawa do przyjęcia, iż postępowanie odwoławcze – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 2 Pzp - należało umorzyć. Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, zgodnie z żądaniem Odwołującego, a Przystępujący po stronie Zamawiającego nie złożył sprzeciwu, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt: KIO 1556/19 na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron.

Jednocześnie, Izba potwierdza, że zgodnie z uzupełnieniem dokumentacji postępowania dokonany przez Zamawiającego - w dniu 21.08.2019 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 31.07.2019 r., tym samym czynność będąca podstawą wniesionego odwołania została unieważniona i nie ma substratu zaskarżenia (wyrok KIO z 13.06.2019 r., sygn. akt: KIO 993/19). Informacja o tym została przekazana wszystkim uczestnikom postępowania przetargowego oraz odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, iż z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Zgodnie z § 13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1092 i poz. 1992) - postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym. W oparciu o § 32 ww. rozporządzenia

Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydane na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Krajowej Izby Odwoławczej, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....